



哥伦比亚国际直接投资展望

哥伦比亚大学维尔可投资中心

FDI 热门问题的观点

系列 32 2010 年 12 月 2 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

编辑: Ken Davies (Kenneth.Davies@law.columbia.edu)

执行编辑: Amanda Barnett (Barnett.Amanda@law.columbia.edu)

国有企业在国际投资仲裁中的申诉者地位：一个初步评估

Michael D. Nolan & Frédéric G. Sourgens*

国有企业（SCEs）在国际资本流动和国际贸易中参与者的地位正日渐提高。有报道显示主权财富基金（SWFs）的累计 FDI 已经达到 1000 亿美元。SWFs 是各类企业——从专业体育专营店到集装箱港口——的重要股权投资者和巨额信贷融资的来源。除了这些基金的作用，国有石油公司在区域和国际上的作用也日渐增强。在很多国家，许多其他行业的国有化程度也越来越高。

毫无疑问，SCEs 曾经提起过合同仲裁，常常是在 UNCTRAL 仲裁规则或特别规则下。2009 年美国律师仲裁记录中的例子包括捷克共和国国有资产基金诉野村银行案，以及阿尔及利亚国家天然气公司诉雷普索尔和英国石油案。¹合同仲裁可能避开一些关于 SCEs 的协议仲裁可能会产生的复杂问题。尽管如此，SCE 案件可能会在强制执行过程中遇到一些特殊的问题。纽约公约对成员国带有以下保留条款：“该国只能将公约应用于法律关系引起的争议——无论是合同的还是非合同的，必须在该国法律下是商业的行为”。这一保留条款由差异甚大的几个国家——阿根廷、中国、古巴、厄瓜多尔、希腊、印度、尼日利亚、菲律宾、美国 and 委内瑞拉制定。²SCEs 做申诉人的争议是否会在这些国家的法律下被认为

* Michael D. Nolan (MNolan@milbank.com)是华盛顿特区美国美邦律师事务所（Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP）的合伙人，负责国际仲裁。Frédéric G. Sourgens (FSourgens@milbank.com)是美邦律师事务所的律师。本文得益于哥伦比亚大学维尔可投资研究中心2010年3月19日的文章《国家与作为国际投资仲裁申诉者的国有企业的圆桌会议》（关于圆桌会议的报道见www.vcc.columbia.edu）。作者还感谢Efi Chalamish, Robert Howse和Edward Kehoe对本文的有益建议。作者观点不代表美邦事务所及其委托人的观点，也不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴及支持者的观点。哥伦比亚国际直接投资展望是同行评议刊物。

¹ Michael D. Goldhaber, 《美国律师仲裁记录——合同》见 <http://www.law.com/jsp/tal/PubArticleTAL.jsp?id=1202431683613&hblogin=1>。

² 见 Status, 1958, 《国外仲裁判决的承认和强制执行的公约》(b), 见

是“商业的”可能各不相同，导致一些可能遇到强制执行问题的 SCE 是否会进行强制执行有赖于具体的案件和司法程序。

SCEs 如何以及何时能参加国际投资仲裁——而不是严格的合同仲裁——可能很快就会成为一个复杂的问题。当 SCEs 面对一项与东道国政府的争议，而东道国政府可能使用国际投资协议（IIAs）时，SCEs 可能会希望运用协议仲裁作为争议处理的替代或补充手段。SCEs 可能会选择 ICSID 公约的强制执行机制。SCEs 可能认为东道国行为违反了投资协议条款，但并未违反基础合同。最后，如果投资合同不完整或合同因 SCEs 认为不恰当的政治原因而在交易中被撤销，SCEs 可能寻求援引双方投资协议中的市场进入条款。

SCEs 协议申诉面临两类不同种类的司法障碍：一是 SCE 必须满足基础 IIA 的要求，二是 ICSID 仲裁中 SCE 必须在 ICSID 公约的范围内。SCEs 只有在符合“投资者”标准的情况下才能援引 IIAs。IIAs 中大部分“投资者”定义的拟定都先于 SCE 申诉的出现。有些指明是“法人实体，包括公司、社团组织、合伙组织或其他组织，依照缔约国任一方的法律法规组建，并在该国设立总部。”³其他定义如沙特阿拉伯与中国签订的双边投资协议中沙特投资者的定义，明确指出还包括“机构和机关如沙特阿拉伯货币总署、公共基金、发展署，以及其他类似的总部设在沙特的政府机构。”⁴这一问题还需具体分析。但如沙特的例子所显示的，协议可以在投资者定义中明确包括 SCEs。

ICSID 公约可能也会产生障碍。ICSID 只适用于东道国与其他国家国民之间争议，而不适用于两个国家之间的争议。SCE 是否属于“国民”还需要进行形式分析或功能分析。很多 ICSID 仲裁团运用了功能测试以分析 SCE 是否像国家机构一样运行或者行使国家职能。这一问题也需要具体问题具体分析。⁵

SCE 在国际投资仲裁中作为申诉人的作用可能在将来会继续发展。可以预料的是，至少在某些情况下这些仲裁会与合同仲裁并行不悖。协议仲裁中一个关键问题是 SCE 是否符合协议中“投资者”的标准。类似的，SCE 案件还会探索两国之间争议和 ICSID 公约中一国与另一国国民之间争议这二者之间的界限。对于这两个问题的解决会对正在进行的关于 SCEs 在国际资本流动中恰当角色的全球政策讨论产生影响。

由于法理学和学术研究仍处在发展的初期，因此这些挑战可能首先在协议起草时解决。沙特协议的例子说明，如果协议双方仔细考虑了关于 SCEs 作为申诉人的潜在问题，就可以将特定意图反映在“投资者”的协商定义中。随着协议签订的发展，仲裁团面临的应用 IIAs 和 ICSID 公约的问题也会逐渐明晰。但在那之前，每个案件还要按各自的情况进行处理。现在能确定的只是有些 SCEs 在某些情况下是可以通过 IIAs 和 ICSID 公约的审核的。问题是：哪些情况？

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html，最后访问时间为 2010 年 9 月 16 日，列举了保留条款和制定条款的国家。

³ 《乌干达共和国政府与中华人民共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》，Art. 1(2)(b), IC-BT 525 (2004)。

⁴ 《中华人民共和国与沙特阿拉伯王国关于相互鼓励和保护投资协定》Art. 1(2)(b)(3), IC-BT 462 (1996)。SCEs 对该协定十分重要。

⁵ 见 Maffezini 诉西班牙案，ICSID 案件 No. ARB/97/7，关于管辖权的决定，2000 年 1 月 25 日，IIC 85 (2000)，SCE 作为被告。另见捷克斯洛伐克贸易银行（CSOB）诉斯洛伐克案，关于管辖权异议的决定，ICSID 案件 No ARB/97/4，IIC 49 (1999)。至今为止至少有两个案件由 SCEs 提起：东加里曼丹省政府诉 PT Kaltim Prima Coal 公司案(ICSID Case No. ARB/07/3)（裁决并未公开）；坦桑尼亚国家电力公司诉坦桑尼亚独立电力公司案(ICSID Case No. ARB/98/8)（该案现在还在解释程序阶段）。

转载请注明“Michael D. Nolan & Frédéric G. Sourgens, ‘国有企业在国际投资仲裁中的申诉者地位：一个初步评估’ No. 32, 12 月2 日, 2010。转载需经哥伦比亚维尔可持续国际投资中心授权 (www.vcc.columbia.edu)。”

请将副本发送至哥伦比亚维尔中心 vcc@law.columbia.edu

如需详细信息请联系：哥伦比亚维尔可持续国际投资中心，Ken Davies，副主任，(212) 854-7269，Kenneth.Davies@law.columbia.edu。

Karl P. Sauvant 博士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心（VCC）是由哥伦比亚法学院和地球研究所联合建立的研究机构。它力图成为全球经济环境下的对外直接投资事务的领导者。VCC 致力于分析和讲授对外直接投资公共政策和国际投资法的含义。

近期哥伦比亚国际直接投资展望的内容

- 系列 31: Jason Webb Yackee, 《美国公司对双边投资协议了解（或者关注）多少？最新调查数据的一些线索》，2010 年 11 月 23 日。
- 系列 30: Karl P. Sauvant 和 Ken Davies, 《人民币升值对内部和外部有何影响？》，2010 年 10 月 18 日。
- 系列 29: Alexandre de Gramont, 《挖掘事实：PacRim 诉萨尔瓦多案》，2010 年 9 月 8 日。
- 系列 28: Terutomo Ozawa 和 Christian Bellak, 《中国会将劳动密集型工厂迁往非洲吗，雁行式？》，2010 年 8 月 17 日。
- 系列 27: Lauge Skovgaard Poulsen, 《政治风险保障和双边投资协定：自下而上的视角》，2010 年 8 月 2 日。
- 系列 26: Nathan M. Jensen 和 Edmund J. Malesky, 《FDI 的激励——政治化》，2010 年 6 月 28 日。